

ADMINISTRATIVO

LA INICIATIVA ECONÓMICA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA

Pedro Chaparro Matamoros*Becario de Investigación FPU del Departamento de Derecho Civil.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

EXTRACTO

El presente trabajo analiza la capacidad del Estado español de intervenir en la economía, a la luz de la Constitución española. La importancia del mismo se justifica en atención a las recientes intervenciones del Estado en distintas materias en las cuales se supone que debe primar el juego del libre mercado. Con todo, los términos usados en el artículo 128.2 de la Constitución española (artículo que regula la iniciativa económica pública) son muy ambiguos, de forma que el debate sobre su sentido y significación siempre estará vigente.

Palabras claves: Constitución económica española e iniciativa económica pública.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

PUBLIC ECONOMIC INITIATIVE IN THE SPANISH ECONOMIC CONSTITUTION

Pedro Chaparro Matamoros

ABSTRACT

This paper analyzes the Spanish state's ability to intervene in the economy, in light of the Spanish Constitution. The importance of it is justified in view of the recent interventions of the state in various fields in which it is supposed to prioritize the free market game. However, the terms used in the article 128.2 of Spanish Constitution (article governing public economic initiative) are very ambiguous, so that the debate about his meaning and significance will always be in force.

Keywords: public economic initiative and Spanish economic constitution.

Sumario

- I. Introducción
- II. Antecedentes
 - 1. En general
 - 2. El caso español
- III. Configuración en la Constitución de 1978
 - 1. Planteamiento de la cuestión
 - 2. Exégesis del artículo 128.2 de la Constitución
 - 3. El principio de subsidiariedad
 - 4. El principio de compatibilidad
- IV. Las distintas formas de intervención en la economía
 - 1. La empresa pública
 - 2. La reserva de sectores o nacionalización
 - 3. La intervención de empresas
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto del presente trabajo es analizar la iniciativa económica pública en la Constitución española, es decir, determinar qué capacidad (y, en su caso, qué límites) tienen los poderes públicos como productores de bienes y servicios en el mercado.

La cuestión no es baladí, pues para estar en condiciones de responder a la misma es preciso conocer primero qué modelo económico propugna la Constitución. Es evidente que en un modelo capitalista la iniciativa económica pública tendrá mucho menos peso que en un modelo comunista (debiendo precisarse, en este punto, que las dos situaciones extremas son utilizadas únicamente con fines didácticos, pues en la realidad no se suelen dar de forma pura).

Es por lo anterior que, en la realización del presente trabajo, he considerado oportuno efectuar, en primer lugar, un análisis de la evolución de la cuestión económica (en particular, de la capacidad productora del Estado) a lo largo de la historia constitucional. En segundo lugar, y antes de entrar de lleno en el meollo del asunto, he descrito el modelo económico plasmado en la Constitución española, ya que ayuda sobremanera a entender el peso de la iniciativa económica pública. Finalmente, he analizado el artículo 128.2 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) y sus implicaciones, describiendo cada uno de los supuestos de iniciativa económica pública a los que alude dicho precepto.

En lo relativo a la metodología empleada, la primera parte (la referida al análisis de la evolución de la cuestión económica a lo largo de la historia constitucional) se caracteriza por estar redactada conforme al método jurídico-descriptivo. Por su parte, la parte relativa al modelo económico plasmado en la Constitución y a la articulación de la iniciativa privada con la iniciativa pública en dicho modelo se ha redactado combinando los métodos jurídico-descriptivo (en la medida en que se ha recogido todo el conocimiento existente en la materia) y jurídico-propositivo (en tanto en cuanto he adoptado una posición propia respecto a cada uno de los problemas, proponiendo determinadas soluciones).

En fin, en lo relativo a las fuentes jurídicas consultadas, el estudio se ciñe principalmente a la bibliografía posterior a la entrada en vigor de la Constitución (década de los ochenta), con la salvedad de la bibliografía referida a la reserva de sectores en la actualidad. Las sentencias del Tribunal Constitucional referenciadas son en su mayoría, igualmente, de la década de 1980.

II. ANTECEDENTES

1. EN GENERAL

Se suele decir que las Constituciones del Estado liberal del siglo XIX tenían por objeto la regulación del Estado y no de la sociedad. A tal fin, ordenaban la forma de organización del poder político y establecían de determinada manera las instituciones estatales que lo desempeñaban, atribuyendo a estas las correspondientes competencias.

De esta suerte, las Constituciones se encargaban de regular lo «político», y no, en cambio, lo «social», lo «cultural» o lo «económico» (de ahí el nombre de «Constitución política»). La Constitución vendría, en consecuencia, a regular el mundo de lo «público» (el Estado) y no el mundo de lo «privado» (la sociedad).

Con todo, lo anterior no suponía una radical exclusión de lo «social», lo «cultural» o lo «económico». En las Constituciones, junto a la libertad política, se consagraba también la libertad individual (en sentido amplio, incluyendo, por tanto, la libertad económica), garantizándose como uno de los derechos más importantes el de la propiedad privada. Así pues, si bien la norma constitucional no regulaba exactamente un sistema social y económico, sí lo «proclamaba»; en concreto, «el de la libre iniciativa o, en otras palabras, el de la autonomía individual, esto es, y en términos económicos, el de la economía de mercado»¹.

Por tanto, las Constituciones no eran ajenas a la economía. En cuanto al propio Estado, a su organización, contenían cláusulas económicas: las dedicadas a la Hacienda pública. Por lo que se refiere a la sociedad, también se ocupaban (de manera indirecta) de cómo debería ser la economía: una economía libre, en manos de los particulares, sin injerencias (o, en su caso, mínimas) de los poderes públicos.

Se estaba, pues, ante «un modelo económico jurídicamente "establecido" pero no jurídicamente "regulado", pues lo propio del modelo consistía, precisamente, en su capacidad de autorregulación»².

Ello, sin embargo, no obstaba a que el Estado interviniese en los fenómenos económicos; si bien tales intervenciones no suponían, en cantidad y calidad, la ruptura general del modelo, que se mantuvo, sin alteraciones sustanciales, hasta la aparición del Estado intervencionista en el siglo XX.

Desde este momento, las Constituciones ya no pretenden regular solo el Estado, sino el conjunto del sistema social³. Así, junto al sector privado aparece el sector público. El Estado parti-

¹ ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I. *Introducción y títulos valor*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 164.

² ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 165.

³ En este sentido, COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de derecho administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, 17.ª edición, Cizur Menor, 2006, pág. 59, ha señalado que «la preocupación por el sistema económico fue tardía en el

cipa en la economía, «en unos casos absorbiéndola (Estados totalitarios) y en otros regulando las líneas generales de su funcionamiento y actuando en los propios procesos económicos (Estado social y democrático de Derecho)»⁴.

No merece mayor comentario el rotundo fracaso de las Constituciones de los Estados totalitarios. Por su parte, las Constituciones que recogen un Estado social y democrático de Derecho abandonan el modelo de «economía libre» y adoptan el de la «economía intervenida».

De esta forma, la Constitución regulará de forma amplia la vida económica en cuanto que, junto a las garantías de libertad económica de los sujetos privados (características del modelo anterior, y que se conservan), establecerá límites a esa libertad y otorgará protagonismo económico a unos nuevos sujetos: los poderes públicos.

En fin, el nuevo modelo requiere más cantidad de normas a él dedicadas, porque requiere de mayores limitaciones a la libertad y de mayor protagonismo del Estado. La Constitución del presente regula la organización del Estado y de la sociedad en su conjunto, por lo que en ella se encuentran las directrices no solo del derecho público, sino también del derecho privado. De ahí que en el terreno de la economía «la Constitución de ahora (frente a la Constitución del siglo pasado) amplía considerablemente su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en ese sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos»⁵.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional respecto de la Constitución de 1978, de la que ha dicho que «en la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas lo compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal»⁶. Igualmente, también se ha referido a «(...) los principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada "Constitución económica"»⁷.

constitucionalismo, ya que la propia aparición de este coincide con el triunfo histórico de los valores del liberalismo no solo político, sino también económico, por lo que el sistema económico resultaba evidente». Añade el autor que «el triunfo de la Revolución de octubre en Rusia dio paso a un nuevo planteamiento, ya que la primera Constitución soviética impuso desde esta Suprema Norma un nuevo modelo económico, alternativo al de la economía liberal. De ahí que muy pronto, en la primera Constitución, que se aprueba tras la Primera Guerra Mundial, la alemana de Weimar, se incluyan en su texto declaraciones sobre los deberes del Estado en el establecimiento de un sistema social y económico que no se deja ya al simple resultado de la acción de los particulares en el ejercicio de sus derechos individuales».

⁴ ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 165.

⁵ ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 166.

⁶ STC 1/1982, de 28 de enero (RTC 1982, 1).

⁷ STC 11/1984, de 2 de febrero (RTC 1984, 11).

2. EL CASO ESPAÑOL

Es necesario poner de manifiesto que la mayoría de las Constituciones españolas, inspiradas en los principios liberales decimonónicos, no consagran el principio de libre empresa (y, evidentemente, ni mucho menos la iniciativa pública económica).

A continuación se efectúa un análisis de la vida económica en las diferentes Constituciones españolas promulgadas. En ellas se puede observar la progresiva importancia que se le otorga a la propiedad, como expresión del modelo de «economía de mercado»:

- a) La Constitución de Cádiz de 1812 se refiere a la libertad de empresa en el apartado 21 del artículo 131, que incluye entre las facultades de las Cortes la de «promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan», precepto en el que, junto a la admisión de la actividad de fomento, «se encuentra un claro ataque a las limitaciones gremiales y demás propias del Antiguo Régimen»⁸.

Por otra parte, el artículo 4 contiene la obligación que pesa sobre la nación relativa a la conservación y protección «por leyes sabias y justas de la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

- b) El artículo 10 de la Constitución de 1837 dispone que «no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización».

Como se dijo anteriormente, los preceptos de las Constituciones más tempranas no regulan la economía, sino que «proclaman» un determinado modelo económico, el cual es el de la «economía de mercado», otorgando especial importancia a la propiedad.

- c) La Constitución de 1845 se refiere a la propiedad en los mismos términos que la de 1837: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización» (art. 10).

Se observa, por tanto, el interés del constituyente español en proteger la propiedad, articulándola como uno de los principios del modelo económico adoptado, y ello, con independencia del signo «progresista» o «moderado» del Gobierno liberal de turno, siendo una de las escasas cuestiones en las que los puntos de vista de ambos («progresistas» y «moderados») coincidían.

- d) La Constitución de 1869 introduce matices respecto a las anteriores⁹. El artículo 13, párrafo primero, señala que «nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de

⁸ ENTRENA CUESTA, R.: «El principio de libertad de empresa», en GARRIDO FALLA, F. (coord.): *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 124.

⁹ El más importante, a mi juicio, es el relativo al empleo del término «nadie». Las constituciones anteriores únicamente protegían de manera expresa la propiedad de los españoles. Con el empleo de «nadie» se amplía esa protección a los no nacionales.

sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial», mientras que el artículo 14 dispone (refiriéndose por primera vez al instituto de la expropiación) que «nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado».

Por otro lado, existe una referencia a la cuestión de la libertad de empresa en la Constitución de 1869. Se trata, con todo, de una referencia limitada a la libertad industrial y profesional de los extranjeros, recogida en el artículo 25 del siguiente modo: «Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas».

- e) La Constitución de 1876 reitera la misma fórmula que la empleada en la de 1869 en lo relativo al reconocimiento de la libertad de empresa de los extranjeros, si bien no en idénticos términos: «Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas» (art. 2, inciso primero).

El artículo 12, por su parte, hace referencia a la libertad de profesión u oficio, disponiendo su primer párrafo que «cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca. Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes».

En cuanto a la cuestión de la propiedad, la Constitución de 1876 se pronuncia en términos similares¹⁰ a los utilizados por las de 1837 y 1845: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización» (art. 10, inciso primero).

- f) Por último, la Constitución de 1931 es la que más claramente recoge el principio de libertad de empresa¹¹ en su artículo 33: «Toda persona es libre de elegir su profesión. Se reconoce la libertad de industria y comercio salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes».

Por otro lado, el artículo 44, párrafo primero, establece el principio de subordinación de toda la riqueza nacional a los intereses generales, al afirmar que «toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes»¹², admitiendo el párrafo segundo de dicho precepto la posibilidad

¹⁰ Con la salvedad, introducida por la Constitución de 1869, de que la protección de la propiedad se efectúa también respecto de los no nacionales.

¹¹ ENTREÑA CUESTA, R.: «El principio de libertad de empresa», cit., pág. 124.

¹² El artículo 45, párrafo primero, repite esta misma cláusula, respecto de la riqueza artística e histórica, al proclamar que «toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la nación y

de expropiar forzosamente por causa de utilidad social la propiedad de «toda clase de bienes», y siempre «mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes».

Pero, sin duda, respecto a lo que aquí interesa, las novedades más llamativas son las contempladas en los párrafos cuarto y quinto del precepto. Así, el artículo 44.IV prevé la posibilidad de nacionalizar los «servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común», cuando «la necesidad social así lo exija».

Por su parte, el artículo 44.V establece que «el Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional». Se admite, en consecuencia, la posibilidad de que el Estado intervenga, ley mediante, la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando fuere necesario¹³; en particular, cuando así venga exigido por «la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional».

Los artículos 46 y 47, por otro lado, establecen cláusulas sociales de protección al trabajador¹⁴ y al campesino (y pescador)¹⁵, respectivamente. El artículo 48, por su lado, impone al Estado la asunción de la enseñanza; debiendo ser, la primaria, gratuita y obligatoria¹⁶.

estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación».

¹³ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 142-143, considera que la intervención de empresas prevista en el artículo 44.V de la Constitución de 1931 no es una verdadera intervención de empresas como la contemplada en el actual artículo 128.2 de la CE. En este sentido, señala que «de los debates del constituyente se desprende que la intervención de empresas era concebida como un mecanismo transitorio, previo a la ulterior nacionalización de los servicios públicos y de las explotaciones que afectasen al interés general: la medida se activaría cuando, por limitaciones presupuestarias, no pudiese el Estado nacionalizar empresas e industrias de interés general. Por consiguiente, la finalidad que persigue el artículo no parece coincidir con la que actualmente se confiere a la intervención de empresas: el mantenimiento de la actividad de una empresa cuya continuidad peligre por diversas razones».

¹⁴ El artículo 46.II establece que «la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas; y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores».

¹⁵ El artículo 47.I dispone, en este sentido, que «la República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación», extendiendo el segundo párrafo del precepto idéntica protección a los pescadores.

¹⁶ Como señala PÉREZ AYALA, A.: «La Constitución republicana de 1931 siete décadas después», en *Cuadernos Republicanos*, núm. 49, primavera/verano 2002, «ya las palabras con las que se abría el texto constitucional, caracte-

Se podría concluir, siguiendo a PÉREZ AYALA, que «en el ámbito económico y social, la Constitución republicana de 1931 supone un profundo replanteamiento de todas las cuestiones relativas a estos temas. De acuerdo con la nueva orientación marcada por el constitucionalismo de entreguerras, en el que hay que enmarcar el texto constitucional de 1931, aparecen las primeras disposiciones sobre la Constitución económica así como las primeras manifestaciones, si bien de forma aún embrionaria, de lo que iba a constituir el Estado social tras la Segunda Guerra Mundial»¹⁷.

III. CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A) Los términos del debate

Para determinar el papel y el alcance de la iniciativa pública económica en España es preciso, antes que nada, abordar un estudio del modelo económico que recoge la Constitución española de 1978, ya que se trata de conceptos que están íntimamente ligados. Conociendo el modelo económico será más sencillo saber qué papel juega la iniciativa económica pública, pues tendrá más peso en los modelos de «socialismo» que en los modelos de «economía de mercado» (capitalismo)¹⁸.

El modelo económico constitucional es también conocido como «Constitución económica», concepto que ha sido definido en los siguientes términos: a) «conjunto de normas que, con rango constitucional, establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y los poderes que se derivan de esta legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico»¹⁹; y b) «el concepto

rizando al Estado como una "República democrática de trabajadores de toda clase" [...] eran sumamente ilustrativas de la orientación social del nuevo régimen político que instauraba la Constitución de 1931. Esta orientación general tenía luego plasmación normativa en las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y deberes sociales, así como en las referentes a la intervención del Estado en la economía; todas ellas, recogidas en un capítulo específico (Cap. II: "Familia, economía y cultura"; inserto en el Tít. III: "Derechos y deberes") que, por primera vez, se ocupaba de la regulación constitucional de estos temas».

¹⁷ PÉREZ AYALA, A.: «La Constitución republicana de 1931 siete décadas después», cit.

¹⁸ Como señala DE JUAN ASEÑO, O.: *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 92, «la nota característica de las Constituciones económicas de los países socialistas es su opción por un sistema económico de iniciativa pública y para tal fin no han dudado de recluir la iniciativa económica privada a sectores marginales y someterla a un riguroso principio de subordinación. Las Constituciones económicas de los países en régimen capitalista han sido mucho más imprecisas y, por lo general, han evitado un planteamiento directo del problema».

¹⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: «Constitución económica y derecho mercantil», ponencia en las Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil, Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, págs. 63 y ss.

de Constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se define el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos»²⁰.

B) «Economía de mercado» frente a «socialismo»

Sin ánimo de ser exhaustivo, al tratarse más de una cuestión puramente económica que jurídica, podemos definir ambos modelos económicos siguiendo a DE JUAN ASENJO, quien considera que el «socialismo colectivista» podría representarse como «un sistema puro de iniciativa económica pública en el que el Estado se ha apropiado de todos los medios de producción y dirige el proceso económico a través de un plan plenamente vinculante; en la hipótesis más extrema no existiría libertad de empresa, trabajo y consumo: el Estado habría monopolizado todo el poder político y económico».

En cambio, «en un sistema puro de iniciativa económica privada [la cual sería la «economía de mercado»] se daría la situación contraria: el motor y la dirección del proceso económico dependerían de las decisiones plenamente libres de los agentes económicos privados: empresarios-capitalistas, trabajadores y consumidores; la coordinación de estas decisiones se lograría espontáneamente a través del mercado, mientras que el sector público habría quedado despojado de todo poder de intervención económica»²¹.

Hay que hacer notar que estamos en presencia de modelos extremos y, en consecuencia, totalmente opuestos, de manera que en la práctica no se dan uno u otro, sino una combinación de ambos, de forma que, como advierte DE JUAN ASENJO, «lo que importa, en verdad, es averiguar qué poder prevalece en última instancia y cuál es su grado de predominio»²².

Partiendo de lo apuntado, la determinación del modelo económico que recoge la Constitución es uno de los debates más prolíficos que existen en la rama de «Constitución económica». El texto constitucional es ambiguo y, por tanto, está abierto a una multiplicidad de interpretaciones.

C) El modelo económico consagrado en la Constitución española de 1978: la «economía social de mercado»

El debate tiene su origen en el artículo 38 de la CE, según el cual: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen

²⁰ Esta definición se contiene en el voto particular formulado por el magistrado don L. Díez PICAZO a la STC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981, 37).

²¹ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 91.

²² Véase nota 21.

su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

Prima facie, del tenor literal del precepto se desprende que el modelo económico que consagra la Constitución es un modelo de «economía de mercado». No obstante, esta adhesión al sistema socioeconómico de la «economía de mercado» es meramente formal, y queda matizada por diversos preceptos que atribuyen a los poderes públicos prerrogativas en materia económica²³.

En efecto, la fórmula utilizada para referirse al sistema económico en la Constitución encierra una serie de concesiones, no pudiendo entenderse de otro modo sino como una fórmula de consenso y compromiso, habida cuenta que tuvo el mérito de conciliar los intereses de los distintos grupos parlamentarios, recabando únicamente el rechazo de los grupos más «extremistas» (la derecha conservadora y la izquierda revolucionaria, que defendían, respectivamente, un sistema puro de «economía de mercado» y el «socialismo»)²⁴.

Así pues, el modelo socioeconómico que resulta de la Constitución es una fórmula mixta, que se ha dado en llamar «economía social de mercado»²⁵. Se trata de un modelo que, como se

²³ Así, advierte FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 136 y 137, respecto de las diversas matizaciones que el texto constitucional establece al sistema de «economía de mercado», que «en el mismo seno del artículo 38 (segundo inciso) se declara que "los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio [el de la libertad de empresa] (...) de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación". Norma que tiene un desarrollo más acusado y específico en los artículos 131.1 ("El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución") y 128.1 ("Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general")», llegando incluso a consagrarse, para determinados casos y con un alcance meramente sectorial o particular, un principio (aparentemente) "antagónico" al de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el del monopolio e intervención de empresas por parte del Estado. Así, el artículo 128.2 (segundo inciso) dispone que "mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general"».

En el mismo sentido, LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 124, entiende que «para empezar, el concepto mismo de economía de mercado es una etiqueta imprecisa, dentro de la que caben opciones relativamente dispares. Pero es que, además, sobre todo, no se trata esta de una mención única en la Constitución. No se puede interpretar un precepto aisladamente, sin tener en cuenta sus interacciones recíprocas con las restantes normas, entre las que se encuentran amplios títulos e instrumentos de intervención pública económica».

²⁴ Véase en este sentido DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., págs. 47 a 49, y FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y derecho de la competencia*, cit., pág. 136.

²⁵ ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 167, se refiere al sistema económico como una «economía social de mercado», en tanto que se trata de «una economía de mercado con limitaciones, esto es, acomodada a las exigencias del Estado social».

DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., págs. 63 a 64, afirma, respecto del modelo de «economía social de mercado», que «por un lado estarían principios del Título I que configuran un sistema de mercado capitalista, fundamentado en la propiedad privada de los medios de producción, impulsado por la iniciativa privada (...) y coordinado

ha señalado, se caracteriza por respetar los derechos y libertades de carácter económico del ciudadano, en un marco en que es posible el intervencionismo estatal cuando se considere preciso (y ello, con independencia de la denominación que se le quiera dar al modelo).

Con todo, hay autores que se empeñan en deducir de la Constitución otro tipo de sistema económico, especialmente afirmando que se trata de una «economía de mercado pura»²⁶, ex artículo 38

por el mercado». Al mismo tiempo, señala que «este sistema económico se encontraría socialmente orientado, en el sentido de que aquellos derechos y libertades económicas individuales conllevan una función social intrínseca y el sector público complementa la iniciativa individual llenando las lagunas sociales que esta deja sin cubrir o corrigiendo sus deficiencias más ostensibles». Concluye dicho autor aseverando que «la iniciativa pública participaría activamente en la ordenación y dirección del proceso económico con el bien entendido de que el protagonismo económico continúa en manos de la iniciativa privada y los pilares fundamentales que la sostienen quedan a salvo».

ENTRENA CUESTA, R.: «El principio de libertad de empresa», cit., pág. 131, considera que no estamos ante un sistema de economía mixta, sino en un estadio anterior, cual es un modelo de «economía social de mercado», que, siguiendo a MÜLLER-ARMACK, «no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo (...), sino que integra un sistema de competencia económica (...) con el progreso social».

ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», en *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 169-170, 1983, pág. 316, opina que «el sistema constitucionalizado es el de economía de mercado del Estado social, es decir, el de economía social de mercado, por virtud del cual se reconoce la libertad de empresa –en la triple dimensión básica de libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio y libertad de cesación–, y, en definitiva, la libertad de competencia en el marco de las exigencias específicas del Estado social. El sistema de economía de mercado del Estado social se opone tanto al sistema colectivizado o de planificación central y coactiva o imperativa, en el que las empresas son simples ejecutantes de las decisiones adoptadas por el órgano central planificador, como al sistema del capitalismo clásico, en el que la autónoma consecución de los respectivos intereses particulares se considera la mejor garantía del interés público».

VEIGA COPO, A.: «XXV de Constitución económica: libertad de empresa, iniciativa pública y planificación», *ICADE*, núm. 58, 2003, pág. 215, señala que «dentro del modelo de sistema económico que la Constitución impone, el de economía social de mercado o economía mixta en el que coexisten, profundamente imbricados, empresa privada y sector público, el Estado no solo tiene la función de regular el funcionamiento del sistema económico, sino que también asume importantes sectores de la producción social en orden a la consecución de ciertas metas u objetivos como el desarrollo económico o el pleno empleo».

²⁶ ARIÑO ORTIZ, G.: «El sector público en los 90: crisis y reforma», en ARIÑO ORTIZ, G. (dir.): *Empresa pública y privatizaciones. Una polémica abierta*, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, Madrid, 1993, pág. 46, entiende que la «economía social de mercado» «no es otra cosa sino una economía de mercado pero provista de complementos y seguridades sociales».

Más confusa parece la postura de COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de derecho administrativo*, cit., págs. 60 y 61, quien, pese a afirmar que «en la Constitución española se consagra como modelo el de la economía de mercado, basado en la libertad de empresa (art. 38), que cuenta como derechos individuales esenciales para su funcionamiento el de propiedad y la herencia (art. 33)», reconoce que «se consagra la iniciativa pública en la actividad económica. Es decir, se legitima la creación de empresas públicas, convirtiendo a las entidades públicas en coempresarios (...) junto a los empresarios privados de la economía de mercado. Se legitima también la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, lo que supone sustraerlos a la libre iniciativa privada, que, en su caso, debe contar para explotar tales servicios o bienes con el adecuado título administrativo. Y se permite, por exigencias de interés general, la intervención pública de empresas privadas, que es un grado de intervención máxima en el núcleo de la dirección de empresas privadas (art. 128 de la CE)». Se trata de una postura, como ya he dicho, confusa, en la medida en que inicialmente considera que estamos ante un modelo de economía de mercado, para luego reconocer que «se consagra la iniciativa pública en la actividad económica», siendo las entidades públicas «coempresarios» junto a los

de la CE. Se trata, en la mayoría de los casos, de opiniones fuertemente influenciadas por su concepción acerca del orden socioeconómico que debe regir en la sociedad²⁷ que no tienen presente que el sistema socioeconómico se vertebra en torno al «Estado social y democrático de Derecho» consagrado en el artículo 1.1 de la CE²⁸.

2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 128.2 DE LA CONSTITUCIÓN

La iniciativa económica pública, como se ha dicho, se contiene en el artículo 128.2 de la CE. En efecto, el artículo 128.2 de la CE contiene una habilitación de carácter general en favor de los poderes públicos para intervenir en la economía. El tenor literal del precepto es el que sigue: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Como se observa, estamos ante una intervención directa en el sistema económico de producción o de distribución de bienes y servicios, por contraposición a las intervenciones «indirectas», las cuales podrían ser: a) el otorgamiento de ayudas y subvenciones para promover determinadas actividades económicas; b) la actividad impositiva encaminada a disuadir algunas actividades o producciones económicas (como por ejemplo los impuestos que se establecen sobre productos nocivos para la salud, véase el tabaco); y c) podría considerarse también intervención «indirecta» la actividad normativa reguladora de la economía, en tanto en cuanto repercute sobre el sistema productivo²⁹.

empresarios privados. Además, parece supeditar únicamente al interés general la intervención pública de empresas privadas, sin que dicho requisito (el de interés general) juegue respecto de la reserva de sectores.

²⁷ En este sentido, FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y derecho de la competencia*, cit., pág. 139, entiende que «las críticas que tildan de ambigüedad a nuestra Constitución económica están, en algunos casos, fuertemente ideologizadas y merecen, en rigor, ser tachadas de apresuradas y contradictorias».

²⁸ FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y derecho de la competencia*, cit., pág. 140, opina, acertadamente a mi juicio, que «nuestra Constitución no establece exactamente dos (o más) sistemas económicos alternativos o "bases" antagónicas: por encima de la pluralidad de tales "bases" del sistema económico y de la flexibilidad del mismo en función del modo y grado de conjugación permitida de tales "bases", hay un elemento fundamentalísimo que compromete y da unidad al sistema cualquiera que sea la concreta manifestación "modélica" que adopte el poder político en la ordenación de la economía: este elemento es el principio capital del Estado social y democrático de Derecho consagrado en el pórtico constitucional (art. 1.1)», que «compromete a los poderes públicos a organizar la economía de mercado de modo acorde con el Estado social o, si se quiere (desde una óptica de compromiso social), a realizar (históricamente) el Estado social en el marco de la economía de mercado».

En el mismo sentido, ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 166, señala que «el Estado español, que es por definición (art. 1.1 de la CE) un Estado "social", es capaz de intervenir con amplitud en la economía, tanto en la ordenación de la misma como en su propia realización. Ello resulta claro del texto constitucional (...)».

²⁹ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: *Banca pública y mercado: implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, INAP, Madrid, 2000, págs. 145 y 146.

La habilitación a los poderes públicos que contiene el artículo 128.2 de la CE comprende tres tipos de intervenciones:

- a) En primer lugar, se faculta a los poderes públicos para crear *ex novo* empresas públicas que produzcan bienes y servicios en régimen de competencia con el resto de operadores del mercado. A esta cuestión hace referencia la primera parte del precepto («se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica (...)»). Aunque el primer inciso del precepto no lo dice, se ha de entender que la creación de empresas públicas debe responder, necesariamente, a la salvaguarda del «interés general».
- b) Asimismo, se autoriza a los poderes públicos para reservar, por medio de la ley, determinados recursos y servicios esenciales para el desarrollo de la vida de los ciudadanos. Esta reserva implica que la disponibilidad de los recursos, servicios o actividades reservadas, a partir del momento en que tiene lugar aquella, pasa a ser de titularidad pública.

De este modo, el poder público se convierte en responsable de su producción o de su distribución, debiendo garantizar su prestación a los ciudadanos, quienes no podrán llevar a cabo ninguna actividad económica de producción o de distribución de los bienes y servicios a los que alcance la reserva (salvo previa concesión expresa del servicio público, concedida por el poder público titular de la reserva).

La asignación de dichos bienes, servicios o recursos podrá efectuarse: 1) bien directamente por los poderes públicos a través de empresas públicas de servicios públicos; 2) o bien, indirectamente, mediante fórmulas como las concesiones de servicios en favor de particulares u otras formas que impliquen la cesión de la explotación del servicio público a terceros.

El artículo 128.2 de la CE, en fin, contiene una serie de límites a este tipo de habilitación: a) límites formales (exigencia de ley en la que se establezca la reserva); b) límites materiales (ha de tratarse de bienes y servicios esenciales); y c) límites causales (la reserva ha de venir exigida por el interés general).

- c) La última de las actuaciones a que faculta el artículo 128.2 de la CE es la relativa a la intervención de empresas. Este tipo de intervenciones tiene por objeto gestionar las empresas en tiempos de crisis cuando ello venga exigido por el interés general, sin afectar a la titularidad de las mismas³⁰.

Con todo, el precepto no está exento de dudas en su interpretación. A este respecto, junto a la interpretación aquí sostenida (en la que la creación *ex novo* de empresas públicas no se daría únicamente en supuestos de servicios o recursos esenciales)³¹, existe una segunda interpretación,

³⁰ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: *Banca pública y mercado...*, cit., págs. 146 y 147.

³¹ Interpretación a la que se suma GARRIDO FALLA, F.: «Introducción general», en GARRIDO FALLA, F. (coord.): *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 66.

según la cual la iniciativa pública económica, en todo caso, está sujeta a las exigencias que en el propio precepto se añaden, y que son: a) tratarse de servicios o recursos esenciales; o b) de supuestos de monopolio. Esta segunda interpretación corresponde a los autores que mantienen la vigencia del principio de subsidiariedad³².

3. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

A) En general

Tradicionalmente, la iniciativa pública económica había sido configurada de manera subsidiaria en las diferentes leyes que se encargaban de regir la actividad económica en España. En este sentido, hay que hacer notar que el principio de subsidiariedad fue formulado legalmente por vez primera en España en el apartado XI-4.º del Fuero del Trabajo de 1938, donde se afirma que «en general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la nación». Así pues, únicamente cabía la iniciativa económica pública: a) en defecto de iniciativa privada; o b) cuando así lo exigiesen los intereses superiores de España (aun sin faltar dicha iniciativa privada).

El principio de subsidiariedad quedó refrendado en nuestro ordenamiento cuando fue establecido, de nuevo, por el principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958. En concreto, dicho precepto disponía, *in fine*, que «la iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado».

Con todo, el principio nunca gozó del respaldo doctrinal, al haber sido formulado en un sistema no democrático³³.

B) Su derogación y la instauración del principio de compatibilidad

La Constitución de 1978 supone un cambio en la visión que se tenía en España de la iniciativa pública económica como supletoria de la privada. En efecto, se pasa de la subsidiarie-

³² De forma muy ilustrativa lo remarca LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Las empresas públicas de promoción económica regional*, cit., pág. 146, para quien «la intervención por la intervención no tiene sentido. Esta solo se justifica en la medida en que satisfaga unos objetivos que no alcanza a cubrir, al menos no con la eficacia o con las externalidades que se desean, la iniciativa privada». Desde esta perspectiva, la creación *ex novo* de empresas públicas no estaría justificada en ningún caso, al tratarse de un supuesto de «intervención por intervención». Lo que este autor no contempla es que se haya de crear una empresa pública que tenga por objeto la salvaguarda del interés general, cuando este no esté relacionado con un recurso o servicio esencial.

³³ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: *Banca pública y mercado...*, cit., pág. 148.

dad a la compatibilidad, de la accesoriedad a la convivencia. Tanto la iniciativa pública como la privada³⁴ son reconocidas en la Constitución, en artículos diferentes, sin ningún tipo de relación o vinculación jerárquica entre una y otra.

Este hecho ha llevado a gran parte de la doctrina a entender que en la Constitución de 1978 el principio que regula la actividad económica es el de «compatibilidad». Más en concreto, siendo puristas, habría que referirse al «principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada en el ámbito económico no publicado»³⁵, habida cuenta el tenor del inciso final del artículo 128.2 de la CE, que, como ya he señalado anteriormente, habilita al sector público para reservarse en exclusiva determinados recursos y sectores de la actividad económica.

Me sumo a esta opinión, pues considero que existen argumentos suficientes para entender admitido el principio de compatibilidad en la Constitución. Así, es especialmente significativa a este respecto la no mención expresa de la supletoriedad de la iniciativa pública respecto de la privada, sin que de una interpretación sistemática de la Constitución pueda inferirse tal conclusión. Antes al contrario, la admisión de la iniciativa pública económica en el artículo 128.2 de la CE se realiza de forma incondicionada, sin tapujos ni cortapisas, y ello, con independencia de la iniciativa privada.

En el mismo sentido, se han aducido como argumentos favorables a la tesis del «principio de compatibilidad» que:

- a) No se puede considerar que la «libertad de empresa» sea un derecho fundamental de los ciudadanos que esté investido de la peculiar protección que brinda el artículo 53.2 de la CE, por encontrarse situado fuera de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I, sección rubricada, precisamente, con el rótulo de «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas».
- b) Por otro lado, aun admitiendo que la «libertad de empresa» (reconocida en el art. 38 de la CE) sea uno de los derechos «básicos» del ciudadano, y que, en consecuencia, vincule todos los poderes públicos *ex* artículo 53.1 de la CE, no quiere ello decir «que los derechos y principios contenidos fuera del Título I dejen de vincular los poderes públicos o posean una jerarquía inferior»³⁶. Se dice, en este sentido, que

³⁴ Como ya se ha indicado, esta viene reconocida en el artículo 38 de la CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Quizás habría que matizar que no se reconoce la iniciativa privada en sentido amplio, sino únicamente en su manifestación de «libertad de empresa».

³⁵ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 98.

³⁶ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., págs. 96 y 97.

del artículo 9.1 de la CE se desprende positivamente que los poderes públicos y privados están sujetos al conjunto del ordenamiento constitucional³⁷.

Asimismo, el principio de subsidiariedad ha sido superado también en la jurisprudencia³⁸.

Algunos autores, en cambio, siguen sosteniendo la vigencia del principio de subsidiariedad³⁹, afirmando que la iniciativa pública económica únicamente debe actuar allí donde no exis-

³⁷ Además, la diferente ubicación sistemática en el texto constitucional de la libertad de empresa y la iniciativa económica pública responden, como acertadamente señala ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 318, a que «la iniciativa privada se configura en términos de libertad de la persona como un derecho del ciudadano, y de ahí que esté incluida en el Título I, mientras que, obviamente, la iniciativa pública no tiene ese carácter, por lo que, desde un punto de vista sistemático, es correcto que de ella se ocupe uno de los artículos que integran el heterogéneo Título VII».

³⁸ En este sentido, la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352) afirma que «el artículo 38 de la CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada; pero el artículo 128.2 de la misma CE también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica (...); con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional». Véase en el mismo sentido la STS de 14 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1315).

³⁹ Así, ARIÑO ORTIZ, G.: «El sector público en los 90: crisis y reforma», cit., págs. 45 a 47, entiende que el principio de subsidiariedad «encuentra su soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades», siendo una de las funciones del Estado la de «corregir, defender y/o reconstruir o sustituir el mercado, cuando este no existe, no funciona correctamente o no puede satisfacer ciertas necesidades humanas», pero sin que con ello «desincentive notoriamente el trabajo y el esfuerzo». Concluye este autor señalando que «las medidas que en tales situaciones hay que adoptar deben ser, en lo posible, intervenciones conforme al mercado y compatibles con este».

BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 171, entiende que la subsidiariedad puede seguir jugando «como uno de los posibles criterios a tener en cuenta y ser objeto de ponderación (...) en el momento de emprender una iniciativa económica pública».

LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Las empresas públicas de promoción económica regional*, cit., págs. 145 y 146, considera que «la empresa pública se justifica –no en sí misma–, sino en la prosecución del interés general y, más en concreto, en el servicio a los múltiples objetivos y responsabilidades que la Constitución asigna a los poderes públicos. Por tanto, si no es este el caso o si estos fines están ya suficientemente atendidos por la iniciativa privada, desaparece la fundamentación causal de la iniciativa pública». Añade dicho autor que «desde estos presupuestos resulta muy difícil justificar una intervención pública cuando en el sector de que se trate la iniciativa privada actúe con suficiencia». Y, en fin, hace referencia a dos dimensiones de dicho principio (págs. 188 y 189): por un lado: la subsidiariedad en la intervención: esta únicamente se justifica porque los objetivos que se pretenden alcanzar no han sido logrados de forma autónoma por la economía; por otra parte, subsidiariedad en los medios de intervención, «lo que obliga a escoger de entre los posibles –siempre que exista una razonable intercambiabilidad de los mismos– el menos restrictivo para la libertad individual y el que menos distorsión origine en el desenvolvimiento espontáneo de la economía».

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: «Poderes de ordenación económica del Principado de Asturias», en *Estudios sobre el Proyecto de Estatuto de Autonomía para Asturias*, Caja de Ahorros de Asturias, Oviedo, 1982, pág. 95, opina que «nunca pueden ponerse en pie de igualdad la iniciativa pública y la iniciativa privada: ambas tienen fundamentos y funciones diversos».

ta iniciativa privada o donde esta sea insuficiente, y siempre y cuando ello venga exigido por el interés general.

4. EL PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD

A) En general

Conforme a lo dicho, el tradicional principio de subsidiariedad queda sustituido por el principio de compatibilidad⁴⁰. Ello implica, necesariamente, que la iniciativa pública económica y la privada sean reconocidas en posición de igualdad. Es decir, la Constitución ha diseñado un modelo económico en el que tienen cabida las dos opciones, sin que exista primacía de una sobre la otra, y sin que una de ellas pueda excluir a la otra.

A este respecto, señala MENÉNDEZ MENÉNDEZ que «la afirmación de un sistema de economía de mercado abierto no puede conducir a la conclusión de que en nuestra "Constitución económica" cabe todo, cabe cualquier programa o cualquier sistema económico»⁴¹, no pudiendo, en consecuencia, afirmar la validez de un puro sistema de economía liberal con relaciones de producción simplemente autorreguladas por las fuerzas del mercado, ni tampoco la de un sistema de economía colectivizada o de dirección central que ignore abiertamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado⁴².

⁴⁰ ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 169, entiende, de la misma forma, que «nos encontramos ante un «orden económico» cuyos principios (que lo dotan de unidad y coherencia) están constitucionalmente establecidos (Sentencias del Tribunal Constitucional 1/1982 y 11/1984, entre otras). Y tales principios deben ser interpretados sistemáticamente, esto es, buscando su conciliación». Así pues, este autor habla de buscar la «conciliación» a la hora de establecer las relaciones entre la iniciativa económica pública y la privada.

PARADA, R.: *Derecho administrativo I. Parte general*, Marcial Pons, 18.ª edición, Madrid, 2010, pág. 411, afirma que «la iniciativa pública no está limitada a los servicios esenciales o de interés general, sino que puede proyectarse, aunque en las mismas condiciones que la iniciativa privada, sobre cualquier sector de la actividad económica, sin sujetarse a la regla de subsidiariedad, antes vigente».

ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 318, se refiere, en este sentido, al «principio de coactividad económica», señalando que «en el marco de la economía social de mercado, la actividad económica puede ser desarrollada tanto por sujetos privados como por sujetos públicos», y que «finaliza así la primacía de la empresa privada: la empresa pública y la empresa privada se colocan en plano de igualdad. Ya no existen sectores en los que la suficiente presencia de la actividad privada elimine la posibilidad de iniciativa económica».

⁴¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Universidad Autónoma, Madrid, 1982, pág. 33.

⁴² En el mismo sentido se pronuncia ARAGÓN, M.: «Constitución económica y libertad de empresa», cit., pág. 168, quien considera que el modelo económico diseñado por la Constitución podría denominarse «modelo genérico», que «rechaza la economía enteramente libre y la economía enteramente dirigida». Más adelante, abunda en esta idea al afirmar que «la Constitución española no establece un modelo económico específico, pero sí un modelo económico

B) Consecuencias del principio de compatibilidad

La vigencia del principio de compatibilidad tiene diversos efectos, de entre los que cabe destacar los dos siguientes:

1. *El principio de compatibilidad no implica prohibición de toda medida económica inspirada en el principio de subsidiariedad*

En efecto, el artículo 128.2 de la CE autoriza, que no obliga, a la intervención del sector público en la economía. Existe, pues, una habilitación constitucional a los poderes públicos para hacer uso de la iniciativa pública económica, pero ello no implica que este uso deba ser realizado a toda costa. En palabras de DE JUAN ASENJO, el artículo 128.2 de la CE «pertrecha a la iniciativa económica pública de unas alas muy potentes, pero no le exige desplegarlas»⁴³.

Entiendo en este sentido que la primacía en el uso de un tipo de iniciativa sobre la otra en un momento histórico concreto no altera el modelo constitucional diseñado. Así pues, que la Constitución reconozca un modelo económico que garantice la iniciativa pública y la privada no quiere decir que ambas deban emplearse en la misma proporción, sino que existe la posibilidad de potenciar la que pueda resultar más beneficiosa en función de las circunstancias histórico-económicas⁴⁴, sin que el empleo de alguna de ellas esté condicionado o limitado en modo alguno.

2. *Otro de los efectos del principio de compatibilidad es la legitimación general del intervencionismo público*

Sin el principio de subsidiariedad, el sector público «recupera la autonomía y libertad que corresponde a todo sujeto con iniciativa económica. Desaparece la subordinación de la iniciativa pública a la privada y viceversa»⁴⁵.

genérico que rechaza, al menos, dos soluciones extremas: la absoluta libertad económica y la pura estatización de la economía» (pág. 169).

ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 316, señala, igualmente, que la Constitución prohíbe «dos sistemas extremos».

⁴³ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 98.

⁴⁴ En este sentido hay que entender el voto particular formulado por el magistrado don Díez PÍCAZO, L. a la STC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981, 37), cuando afirma que «así entendida, la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y solo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del artículo 38 y la referencia a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permiten un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa».

⁴⁵ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 99.

ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 319, entiende, de la misma forma, que el «principio de coiniciativa económica» implica que «la iniciativa pública en la ac-

La única subordinación que existe en relación con el precepto se refiere al interés general, y se predica tanto de la riqueza pública como de la privada, tal y como se deriva del artículo 128.1 de la CE⁴⁶: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

Por otra parte, DE JUAN ASENJO considera que el artículo 128.2 de la CE contiene una habilitación genérica que goza de aplicabilidad inmediata, de forma que no es necesario un desarrollo legal del precepto.

Conforme a lo dicho, del principio de compatibilidad se deriva que los poderes públicos tienen legitimación para intervenir en el sector y lugar que les parezca conveniente, así como a elegir el momento de la intervención y de la retirada. No existen, por tanto, fronteras espaciales o temporales a la actividad económica del sector público⁴⁷.

IV. LAS DISTINTAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA

1. LA EMPRESA PÚBLICA

Cuando el artículo 128.2 de la CE señala que «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica (...)», está facultando a los poderes públicos para crear empresas públicas que produzcan bienes y servicios en régimen de competencia con el resto de operadores del mercado. Así pues, el primer instrumento para el ejercicio de la iniciativa económica pública lo constituye la empresa pública.

A) Concepto

La empresa pública puede definirse por la conjunción de dos notas: a) por un lado, como toda empresa, opera en el mercado en actividades de producción, intermediación y financieras, en régimen de competencia con el resto de participantes; b) por otro lado, al ser titularidad del Estado, bien total o parcialmente (pero en todo caso en mayoría de participaciones), se ve sometida al control de los poderes públicos⁴⁸.

tividad económica ya no necesita justificarse por la ausencia o por la deficiencia de la iniciativa privada». Asimismo, «la sustitución de los principios tiene una extraordinaria importancia que no puede ser desconocida: aunque en un sector económico determinado sea suficiente la acción económica desarrollada por sujetos privados, es posible crear empresas públicas o ampliar las ya existentes».

⁴⁶ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 99, y ESCÁMEZ LÓPEZ, A.: «La Constitución española», en PECES-BARBA, GREGORIO y otros: *Estudios sobre la Constitución española*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pág. 163.

⁴⁷ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 99.

⁴⁸ MONTERO ELENA, C. M.: «Empresa pública y privatización», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.): *La intervención administrativa en la economía*, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 66.

Se trata, por tanto, de una empresa que concurre en el mercado junto a otras, bien sea en igualdad de condiciones, bien sea en situación de monopolio, aceptando el marco jurídico que rige en el mercado, sin que, en ningún caso, pueda prevalecerse del régimen exorbitante que acompaña a la Administración pública en su actuación⁴⁹.

No obstante lo dicho, la empresa pública tiene determinadas peculiaridades que la alejan de las empresas privadas. Así:

1. La empresa pública no es una empresa más. En este sentido, «las reglas de expulsión de los operadores ineficientes no le afectan»⁵⁰. Se ha dicho a este respecto que la actividad de la empresa pública nunca se verá determinada por el riesgo a la quiebra (ya que los fondos públicos la asistirán cuando ello pudiera ocurrir).
2. La empresa pública no persigue de forma única y primordial el lucro en su actividad⁵¹, es decir, no aspira exclusivamente a la rentabilidad entendida como diferencia entre el coste de la actividad y el beneficio. Esto le permite mantener altos costes y bajos precios⁵². No obstante, ha de precisarse que, como toda empresa, la empresa pública está sometida también a criterios de economicidad y eficiencia.

B) Fines

La creación de empresas públicas se efectúa siempre con alguna finalidad, que debe estar relacionada con el interés general. La empresa pública se concibe como el instrumento del Estado para intervenir en algún sector de la economía que este considera básico o estratégico por su importancia, a fin de obtener determinados beneficios, ya sean tangibles o intangibles.

⁴⁹ La importante STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352), a este respecto, puso de manifiesto que «la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la CE) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado». Continúa añadiendo que «por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo (...), no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo tratado)». En fin, afirma el Supremo que «no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase», salvo las excepciones contempladas en el tratado.

⁵⁰ MONTERO ELENA, C. M.: «Empresa pública y privatización», cit., pág. 66.

⁵¹ En este sentido, los AATC 815/1985, de 20 de noviembre (RTC 1985, 815 AUTO), y 858/1985, de 4 de diciembre (RTC 1985, 858 AUTO), se refirieron a la existencia de notables rasgos diferenciadores entre la empresa pública y privada, afirmando, entre otras diferencias, que aquellas «no están sometidas exclusivamente al criterio económico del beneficio».

⁵² Esta es una de las principales críticas que se realiza a la empresa pública: su ineficiencia y el coste de su mantenimiento para las arcas del Estado.

Es de capital importancia precisar que los fines que persigue la empresa pública han de ser, necesariamente, de interés general⁵³. Hay que referirse aquí a dos conceptos. Uno es el de «interés general» y otro el de «recurso o servicio esencial». En relación con el primero, hay que señalar que toda creación de empresa pública *ex novo* está siempre subordinada al interés general⁵⁴. Pero ello no implica que toda creación de empresa pública haya de referirse a un recurso o servicio esencial, sino que puede tener por objeto la salvaguarda de otros intereses generales que nada tengan que ver con recursos o servicios esenciales.

Precisado lo anterior, podemos distinguir entre objetivos de carácter «económico» y de carácter «social»:

1. Respecto de los primeros, hay que señalar que aspiran a «corregir los fallos del mercado, manteniendo, mediante la actuación de tales empresas, el equilibrio en la producción y la intermediación y la demanda social de bienes y servicios, garantizando la asistencia que el mercado privado no puede ofrecer»⁵⁵. Los fallos del mercado son aquellas situaciones «donde las condiciones para optimizar el bienestar no se cumplen por el libre juego del mercado y es necesario actuar vía subsidios, regulaciones o empresas públicas»⁵⁶.

⁵³ Así lo ha explicado claramente el ATC 63/1991, de 21 de febrero (EDJ 1991, 12472), afirmando que «(...) es manifiesto que empresas públicas y privadas tienen al menos una notoria diferencia cuando concurren en la economía de mercado: la necesidad de justificar la existencia de un interés público que legitime la creación de aquellas, así como la decisión de optar por un régimen jurídico que regula su actuación bien diverso del normalmente previsto para las Administraciones públicas».

En el mismo sentido, la STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352), de la que trae causa el referido auto, señaló que «por un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (art. 38 de la CE), todas las actuaciones de los órganos de la Administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la CE), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el artículo 31.2 de la propia CE también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación». Véase igualmente la STSJ Cataluña 326/1997, de 22 de abril (RJCA 1997, 861).

⁵⁴ En contra de esta opinión se ha manifestado, erróneamente a mi juicio, ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., págs. 319 a 321, afirmando que «la empresa pública no tiene por qué perseguir necesaria y directamente el interés general; puede perseguir un interés particular. Se legitima así la fundación o la ampliación de empresas públicas con la única finalidad de la obtención de medios económicos (...) por la concreta Administración pública titular de la iniciativa. En este supuesto –que es especialmente importante en el plano local y provincial– el interés general solo se persigue de modo indirecto o reflejo. La ampliación de los recursos propios de la persona jurídico-pública a la que pertenece la empresa permite una mejor satisfacción de las exigencias y necesidades de esa persona, pero el interés general es externo a la empresa» y que «el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica se hace de modo incondicionado. No hay una relación teleológica entre empresa pública e interés general».

⁵⁵ MONTERO ELENA, C. M.: «Empresa pública y privatización», cit., pág. 67.

⁵⁶ CUERVO GARCÍA, Á.: «La empresa pública entre 1978 y 2003. De la justificación a la privatización», *Economía industrial*, núms. 349-350, 2003, pág. 234.

El funcionamiento defectuoso del mercado puede ser consecuencia de alguna de las siguientes situaciones⁵⁷:

- a) Monopolio natural: existe monopolio natural en industrias que presentan costes medios decrecientes para cualquier nivel de producción, debido a la existencia de fuertes costes fijos, siendo buena parte de ellos irre recuperables (empresas productoras de energía eléctrica, servicios de telecomunicaciones...). En estos casos, resulta socialmente más barato producir mediante monopolio que hacerlo a través del esquema competitivo.
- b) Escasa competencia: la situación de competencia entre los operadores económicos es un objetivo deseable, si bien no se alcanza en los casos de monopolio u oligopolio, lo que justifica una intervención de los poderes públicos a fin de preservar las condiciones competitivas.
- c) Información imperfecta y asimétrica: cuando los agentes disponen de diferentes conjuntos de información, pueden surgir situaciones de «selección adversa» y de «riesgo de manipulación» (algo que ocurre con frecuencia en el sistema financiero y en el sector asegurador).
- d) Industria incipiente: como es sabido, las industrias nacientes tienen unos costes de producción más elevados que los de la competencia internacional. La intervención de los poderes públicos en este sentido se ha manifestado mediante la creación de empresas públicas en estos sectores y la concesión de elevaciones arancelarias.
- e) Producción estratégica: un producto estratégico es aquel que carece de sustitutos y que está sometido a elevada incertidumbre en cuanto a su disponibilidad futura. En este sentido, se justifica su producción por una empresa pública cuando: a) su producción nacional no pueda improvisarse en caso de necesidad; o b) cuando esté sometida a muy elevados costes de ajuste.
- f) Redistribución: una última cuestión que podría solucionar la empresa pública es la relativa a la distribución de la riqueza. En efecto, la empresa pública podría promover el desarrollo de aquellas regiones con menos renta.

Se asiste, de esta forma, a la paradoja puesta de manifiesto por GONZÁLEZ PÁRAMO⁵⁸, consistente en que la creación de la empresa pública, a pesar de ser en sí misma ineficiente, tiene por objeto, curiosamente, la búsqueda de la eficiencia en la asignación de recursos.

Por otro lado, la creación de una empresa pública puede responder también a cuestiones macroeconómicas; en concreto, a la búsqueda de la estabiliza-

⁵⁷ GONZÁLEZ PÁRAMO, J. M.: «¿Es necesariamente ineficiente la empresa pública?», en ARIÑO ORTIZ, G. (dir.): *Empresa pública y privatizaciones. Una polémica abierta*, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, Madrid, 1993, págs. 133 a 140.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÁRAMO, J. M.: «¿Es necesariamente ineficiente la empresa pública?», cit., pág. 133.

ción económica, algo que se lograría mediante el control de los precios, lo que, a su vez, redundaría en la economía evitando la inflación y los movimientos especuladores.

2. En cuanto a los beneficios de carácter social, la empresa pública ha perseguido históricamente la redistribución de la renta, mediante el abono a los empleados de salarios superiores a los de la empresa privada y la fijación de precios inferiores a los del mercado⁵⁹.

2. LA RESERVA DE SECTORES O NACIONALIZACIÓN

A) Significado de la reserva de sectores

Tras reconocer la iniciativa pública económica, dispone el artículo 128.2 de la CE que «mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio»⁶⁰.

Según DE JUAN ASEÑO, la reserva implica «la nacionalización o traspaso al sector público de la titularidad y control de factores productivos o, en palabras más claras, la publicación de una rama o sector de la actividad económica con la consiguiente exclusión de la iniciativa privada»⁶¹.

Procede hacer uso de ella cuando la gestión privada de un recurso o actividad económica (sea en régimen de competencia, sea en situación de monopolio) pueda afectar negativamente al interés general; asimismo, convendrá utilizar la reserva de sectores cuando la función social de tales recursos y actividades quede mejor garantizada en caso de ser controlados íntegramente por el Estado.

Se trata, evidentemente, de una solución extrema, con gravísimas consecuencias, que no cabe adoptar sino como última ratio. Así, la reserva de sectores:

- a) Excluye la regla de la compatibilidad entre la iniciativa económica pública y la iniciativa económica privada⁶².
- b) Igualmente, contradice el principio de conformidad con el mercado en todas sus vertientes, «ya que expulsa al propietario y empresario privados de la gestión de

⁵⁹ MONTERO ELENA, C. M.: «Empresa pública y privatización», cit., pág. 68.

⁶⁰ Para SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, 7.ª edición, Madrid, 2011, pág. 782, «este precepto permite al legislador crear servicios públicos reservados a la titularidad de las Administraciones públicas, esto es, actividades o géneros de actividades en que no puede desplegarse libremente la iniciativa privada».

⁶¹ DE JUAN ASEÑO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 195.

⁶² Por ello, en su momento, me referí, en aras de una mayor precisión, al «principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada en el ámbito económico no publicado».

ciertos recursos o servicios y levanta un monopolio de derecho en una economía regida por la competencia entre productores»⁶³.

B) Sectores a los que puede afectar la reserva

La reserva, como exige el artículo 128.2 de la CE, ha de venir referida necesariamente a «recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio». En caso contrario, vendría inconstitucional.

El artículo 118 del anteproyecto utilizaba la expresión «fuentes de energía». Se trata, en consecuencia, de una fórmula mucho más restrictiva. Así, el concepto «recursos» engloba, junto a las fuentes de energía: a) las materias primas y riquezas materiales; b) la tierra; y c) el suelo urbano. Por su parte, los «servicios» comprenden, entre otros, los de: a) crédito; b) transporte; y c) suministros de agua, gas y electricidad. Asimismo, de interpretar la expresión «fuentes de energía» en su acepción más restrictiva, se correría el riesgo de sustraer a la nacionalización las actividades del sector secundario (industria), en la medida en que no son recursos ni servicios⁶⁴.

Por otro lado, la interpretación literal del precepto lleva a concluir que la reserva ha de afectar a un sector económico globalmente considerado, sin que quepan las nacionalizaciones parciales⁶⁵. No obstante, como apunta DE JUAN ASENJO, «la lógica común nos dice que quien puede lo más puede lo menos, y la lógica económica asegura que los objetivos que persigue la nacionalización pueden quedar cubiertos refiriéndola a las principales empresas del sector (la expropiación de las pequeñas unidades productivas posiblemente despertaría mayor oposición popular y su utilidad no llegaría a compensar los costes de la operación)»⁶⁶.

En lo que se refiere a la nacionalización de los monopolios, hay que precisar que no es una modalidad diferente de «recursos o servicios esenciales», sino uno de los estados en que podía encontrarse la explotación de aquellos, caracterizado por revestir una mayor gravedad, de ahí

⁶³ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 196.

⁶⁴ Señala DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., págs. 196 y 197, en este sentido, que «una interpretación de esta índole carecería de fundamento lógico e histórico. La producción de material bélico y estratégico, la preparación de medicamentos, los productos básicos para la industria tipo acero, cemento, etc., pueden llegar a ser tan esenciales como los recursos energéticos o el servicio de transporte, por citar algún ejemplo (...). No encontramos ningún obstáculo para incluir también los servicios asistenciales como pueden ser la educación, seguridad social, sanidad o información, aunque alguno de ellos (...) está sometido a un régimen constitucional específico».

⁶⁵ En este sentido, GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Tecnos, 12.ª edición, Madrid, 2006, pág. 417, afirman que «la nacionalización se hace globalmente de la actividad o de los recursos (por ejemplo, la banca, los seguros, los hidrocarburos o la producción hullera), no de una empresa concreta; pues si esta fuera de necesaria adquisición por razones de utilidad pública, bastaría con aplicar el procedimiento de la expropiación forzosa».

⁶⁶ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 197. Para ilustrar la cuestión, este autor añade que «la nacionalización del crédito, por poner un ejemplo, puede afectar a todos los bancos, al banco o bancos emisores, a los bancos con un volumen de depósitos superior a una cifra determinada...».

que se emplee el término «especialmente». Para utilizar la reserva en estos supuestos basta con que el recurso o servicio esté concentrado en unas pocas empresas con fuerza suficiente para distorsionar la competencia; es decir, se interpreta en sentido amplio el concepto de «monopolio».

C) La «esencialidad» de un recurso o servicio

El artículo 128.2 de la CE exige, para que un recurso o servicio pueda ser susceptible de nacionalización, que sea «esencial»⁶⁷. Se trata de una cuestión espinosa, que puede convertir al precepto en un «cajón de sastre», de modo que es necesario objetivar⁶⁸ el término lo máximo posible para evitar que por esta vía puedan nacionalizarse sectores que, en sí mismos, no sean esenciales.

En este sentido, se ha dicho que «la esencialidad ha de provenir de la naturaleza y/o funciones del bien en cuestión y no de las circunstancias accidentales que en una coyuntura dada puede presentar»⁶⁹. Se trata, pues, de no intentar aprovecharse de circunstancias anómalas para publicar el recurso o servicio y excluir indefinidamente a la iniciativa privada⁷⁰.

Con todo, hay que tener en cuenta que lo dicho no obsta a que un cambio sobrevenido en las circunstancias económicas o sociales pueda conferir la cualidad de esencial a un bien que hasta entonces no lo era (o viceversa)⁷¹, como así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional⁷².

⁶⁷ Para SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte general*, cit., pág. 783, la esencialidad «excluye la reserva sobre cualquier servicio o actividad que no sea básico o vital para la sociedad».

⁶⁸ A este respecto, es necesario depurar el término en la medida de lo posible, abstrayéndose de juicios de valor. Desafortunadamente, como pone de manifiesto DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 199, «por mucho énfasis que pongamos en objetivar el asunto, la esencialidad es un concepto jurídico indeterminado y su determinación no puede sustraerse a la problemática de los juicios de valor. Es más, el carácter de esencial se modifica al variar los juicios de valor imperantes en una comunidad».

⁶⁹ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 198. Como ejemplos claros de recursos o servicios esenciales, este autor cita «la sanidad, la producción de armamento o la distribución de energía eléctrica», algo que, según él, no puede predicarse de otros como «la producción de tabaco, la construcción de barcos y otros miles de ejemplos» que «no son en sí mismos recursos esenciales ni pasarán a serlo por la mera concurrencia de circunstancias que reclamen una intervención pública de urgencia».

⁷⁰ ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 337, opina que no debe partirse, *ex ante*, de un criterio restrictivo de la esencialidad, sino que esta «está en función de las distintas políticas económicas y sociales que puedan desarrollarse legítimamente al amparo de la cláusula del Estado social».

⁷¹ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 199, cita como ejemplo el caso de «un mineral X que de tener una importancia secundaria y sin peligro de agotamiento pasa a ser una fuente básica de energía a raíz de una innovación tecnológica; su preservación y la coordinación de la explotación podía muy bien requerir la nacionalización del recurso en cuestión».

ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 337, afirma, por su parte, que «solo son esenciales los recursos o servicios indispensables al sector público para el cumplimiento de las exigencias del Estado social; pero, lógicamente, la esencialidad podrá variar en razón del ritmo o de la intensidad con que sea posible la satisfacción de tales exigencias», y que «recursos o servicios esenciales en un determinado momento histórico pueden dejar de serlo en un momento sucesivo, y viceversa».

⁷² A este respecto, la STC 206/1990, de 17 de diciembre (RTC 1990, 206), afirmó que «los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan solo al ámbito de frecuencias, sino también a las necesidades y costes de infraes-

Muy relacionado con la esencialidad se encuentra el tema de la «extensión» de la reserva. En efecto, cuanto más laxo sea el criterio de esencialidad que se adopte, más extensa será la reserva; en cambio, si se opta por un criterio estricto de esencialidad, la reserva operará en un número de sectores más limitado.

A este respecto, hay que advertir que en la Constitución española no coexisten dos sistemas económicos, sino un único sistema (el de «economía social de mercado») que, sin embargo, admite la excepción de la reserva al sector público. Estamos, pues, ante una excepción que debe operar limitadamente. En este sentido, ROJO ha señalado que «la Constitución impide la extensión a la totalidad de los recursos o servicios, o incluso a la mayoría. La relación entre regla –competencia– y excepción –reserva– opera en términos cuantitativos: la reserva al sector público no puede extenderse a la mayor parte de los recursos o de los servicios, sino solo a aquellos que merezcan el calificativo de esenciales»⁷³.

D) Requisitos formales de la reserva

El artículo 128.2 de la CE exige que la reserva se realice «mediante ley»⁷⁴. Se exige, pues, la aprobación de una ley particularizada⁷⁵ para cada recurso o servicio esencial que se estime conveniente reservar al sector público. El precepto no hace mención, en cambio, al supuesto contrario: la desnacionalización; esto es, la devolución al sector privado de recursos o servicios previamente reservados⁷⁶.

estructura para este tipo de medios) y también en los valores sociales pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la publicación, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva como a los límites que establezca la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo». Véase en el mismo sentido la STC 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994, 127).

⁷³ ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., págs. 335 y 336.

⁷⁴ Esta expresión, como pone de manifiesto DE JUAN ASEÑO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 200, levantó ampollas en los grupos socialista y comunista, quienes trataron de mantener la expresión primitiva «la ley podrá reservar», dado el carácter individualizador de las palabras «mediante ley», que daban a entender que el Parlamento debería aprobar los supuestos de nacionalización uno por uno. Los portavoces de Alianza Popular y UCD se opusieron, alegando que por la vía de las nacionalizaciones globales se corría el riesgo de una socialización acelerada de la economía. Afirma el autor que «tras la derrota de la enmienda socialista quedó claro que la voluntad del constituyente era la de exigir una ley particularizada para cada recurso o servicio esencial que se creyera conveniente reservar al sector público».

⁷⁵ Con todo, la práctica ha puesto de manifiesto la relajación del requisito de la ley específica, como así lo demuestra la redacción del artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante), que declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; y transporte público de viajeros».

⁷⁶ DE JUAN ASEÑO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 201, entiende que «son exigibles los mismos requisitos procedimentales de la nacionalización».

En cuanto a la naturaleza de la ley nacionalizadora, me sumo a la opinión de DE JUAN ASEÑO⁷⁷, quien entiende que, dado que la nacionalización de un sector conculca el principio de libertad de empresa, es obligatorio que la ley venga aprobada por la asamblea legislativa (*ex art. 53.1 de la CE*), sin que pueda aceptarse a estos efectos la técnica del decreto-ley (*art. 86 de la CE*). En todo caso, no es necesario que la ley que contenga la reserva sea una ley orgánica (*art. 81 de la CE*).

De lo anterior necesariamente se deriva que solo el Estado y las comunidades autónomas ostentan facultades nacionalizadoras (dentro de sus competencias), pues son los únicos entes que cuentan con asambleas legislativas.

Resta, por último, referirse a la cuestión de la indemnización. Cuando la nacionalización de un sector implique la privación de bienes o derechos, los titulares de aquellos pueden exigir la indemnización correspondiente, *ex artículo 33.3 de la CE*⁷⁸.

E) La gestión de los sectores en régimen de reserva

El artículo 128.2 de la CE se refiere, únicamente, a los requisitos procedimentales en los que se debe mover la reserva de sectores. No aborda, sin embargo, el tema de la gestión de los recursos y servicios nacionalizados. Esta ausencia de normativa constitucional deja un amplio campo de elección a los poderes públicos.

De este modo, caben tanto la gestión pública directa como la concesión del servicio a una o varias empresas privadas para que lo exploten ellas, reservándose el Estado poderes de dirección y control⁷⁹. Al mismo tiempo, dentro de la gestión pública directa, existe una pluralidad de alter-

⁷⁷ DE JUAN ASEÑO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 201.

⁷⁸ «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

DE JUAN ASEÑO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 202, ha señalado, respecto de este precepto, que el término «derechos» ha de ser interpretado restrictivamente, entendiendo por tales únicamente aquellos similares al de propiedad (usufructo, hipoteca...), pues, de otro modo, se podría llegar al absurdo de exigir indemnización económica «por toda reducción del campo de la libertad de empresa y propiedad privada o por todo condicionamiento que se imponga a su ejercicio», algo que «equivaldría a hacer imposible la nacionalización de sectores y la regulación de la función social de los derechos económicos individuales».

⁷⁹ La STC 35/1983, de 11 de mayo (RTC 1983, 35), entendió a este respecto que «las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los "poderes públicos"». Por su parte, la STC 106/1986, de 24 de julio (RTC 1986, 106), afirmó que «no puede olvidarse que la declaración que lleva a cabo el precepto cuestionado de la actividad de radiodifusión y televisión como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad». En fin, la STC 31/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 31), explicó que «asimismo, ha de señalarse (...) que la exigencia de concesión administrativa para la gestión indirecta de la televisión por cable de alcance local no es consecuencia de su calificación como actividad de televisión, sino de la configuración de esta como servicio público esencial de titularidad estatal».

nativas, si bien una racionalización económica y jurídica parece conducir a dos modelos básicos: «empresas de servicio público» y «empresas públicas de mercado».

Las primeras suministran bienes y servicios públicos comunitarios, «cuya trascendencia social aconseja que se preste más atención a su calidad y difusión que al rendimiento de la explotación»⁸⁰. En cambio, en las «empresas públicas de mercado», de igual manera a lo que acontece en las empresas privadas, no importa tanto el contenido del bien como sus resultados económicos.

F) La compatibilidad de la reserva de sectores con las normas europeas sobre competencia: las actividades económicas de interés general

En el ámbito europeo, hay que destacar la importancia que ha cobrado el concepto de actividades o servicios «de interés económico general»⁸¹. Actualmente, dicho concepto se contiene, principalmente, en el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo apartado 2 señala que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión» (antiguo art. 90, y posteriormente 86, del TCE).

Este precepto no es más que una fórmula de compromiso entre el espíritu liberal que inspiró la redacción del tratado y el interés de los Estados miembros por mantener el marco legal de determinadas actividades económicas (en especial, su dirección y protección públicas)⁸². Como pone de manifiesto GARCÍA DE COCA, «de lo que se trataba, sobre todo, era de eludir, en la medida de lo posible, la aplicación plena de los principios, reglas y sanciones propias de un desenvolvimiento libre de la actividad económica a unos sectores determinados y, en especial, las normas sobre competencia, y todo ello, al amparo del cumplimiento de una misión específica que deben cumplir»⁸³.

⁸⁰ DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, cit., pág. 203.

⁸¹ Fórmula demasiado amplia, tal y como señala GARCÍA DE COCA, J. A.: «De las actividades de interés económico general a las actividades económicas esenciales sometidas a obligaciones de servicio público», en VV. AA.: *50 años de la Unión Europea: reflexiones desde la universidad*, Septem, Oviedo, 2001, pág. 311.

⁸² A este respecto, el TJUE ha calificado el precepto como una disposición que «pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o social con el interés de la Unión en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común». Véase en este sentido la STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96 (TJCE 1999, 202), y la STJUE de 20 de abril de 2010, Asunto C-265/08 (TJCE 2010, 109).

⁸³ GARCÍA DE COCA, J. A.: «De las actividades de interés económico general a las actividades económicas esenciales sometidas a obligaciones de servicio público», cit., pág. 310.

Esta «misión específica» viene referida a los intereses públicos que se desean proteger con la actuación de la empresa pública⁸⁴.

Así pues, lo que se pretende es someter a las empresas públicas encargadas de proveer servicios esenciales (o «servicios de interés económico general»⁸⁵) al régimen de competencia instaurado en los tratados, salvo aquellos casos en que la liberalización del servicio obstaculice el logro de los objetivos a los que respondiese el establecimiento de la reserva⁸⁶.

El precepto no tuvo trascendencia hasta finales de la década de los ochenta⁸⁷, momento a partir del cual comenzaron las primeras supresiones de servicios públicos, así como reducciones significativas de su alcance.

En España, el proceso comenzó a partir de 1996, con las leyes del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, de 13 de julio de 1998; General de las Telecom-

⁸⁴ En este sentido, el TJUE ha manifestado, en diversas sentencias, que, a efectos de impedir la liberalización de un determinado «servicio de interés económico general», «basta con que, a falta de los derechos controvertidos, se impida el cumplimiento de las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen en ella (...) o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le hayan sido confiadas». Véase en este sentido las SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96 (TJCE 1999, 202); de 21 de septiembre de 1999, Asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97 (TJCE 1999, 206); de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-219/97 (TJCE 1999, 208); y de 15 de noviembre de 2007, Asunto C-162/06 (TJCE 2007, 318); y la STJUE de 3 de marzo de 2011, Asunto C-437/09 (TJCE 2011, 32).

⁸⁵ El concepto de «servicios de interés económico general» no se encuentra definido en el tratado. Sin embargo, el Libro Verde de la Comisión Europea, de 21 de mayo de 2003, sobre los Servicios de Interés General, se refiere a él, en el apartado 17, en los siguientes términos: «Aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público».

⁸⁶ El TJUE ha explicado con toda claridad el alcance del actual artículo 106.2 del TFUE, señalando en tal sentido que «el artículo 86 de la CE, apartado 2, permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos». Véase en este sentido las SSTJCE de 19 de mayo de 1993, Asunto C-320/91 (TJCE 1993, 71); de 23 de octubre de 1997, Asunto C-157/94 (TJCE 1997, 213); de 23 de octubre de 1997, Asunto C-158/94 (TJCE 1997, 214); de 23 de octubre de 1997, Asunto C-159/94 (TJCE 1997, 215); de 23 de mayo de 2000, Asunto C-209/98 (TJCE 2000, 105); de 17 de mayo de 2001, Asunto C-340/99 (TJCE 2001, 143); de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-220/06 (TJCE 2007, 386); de 1 de julio de 2008, Asunto C-49/07 (TJCE 2008, 148); y de 1 de octubre de 2009, Asunto C-567/07 (TJCE 2009, 304); y las SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto C-212/09 (TJCE 2011, 346) y de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-242/10 (JUR 2011, 432100).

⁸⁷ Es significativa a este respecto la expresión empleada por GARCÍA DE COCA, J. A.: «De las actividades de interés económico general a las actividades económicas esenciales sometidas a obligaciones de servicio público», cit., pág. 312, cuando afirma que «el consenso y el contexto se tradujeron en que el artículo 90 del TCE se mantuviese en estado de semihibernación hasta finales de la década de los ochenta».

municaciones, de 24 de abril de 1998; del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997; y de Hidrocarburos, de 7 de octubre de 1998⁸⁸.

G) La reserva de sectores en la actualidad

En nuestros días, los Gobiernos (y el español no es una excepción) han enajenado una parte importante del patrimonio empresarial público, abandonando la producción de bienes y servicios para el mercado, con algunas excepciones. Han transformado antiguos servicios públicos monopolizados en servicios de interés económico general, abiertos a la libre competencia. Además, en el área de los servicios públicos más tradicionales (enseñanza, sanidad, seguridad social) e incluso en actividades hasta hace poco eminentemente públicas (seguridad ciudadana, entre otras), la Administración tiende a mantener unas prestaciones básicas, más o menos amplias según los casos, complementadas por la iniciativa privada.

Con ello se intenta reducir el gasto público y se favorecen las iniciativas económicas y sociales de carácter privado, aunque a riesgo de reducir la igualdad material y el grado de cohesión social. Igualmente, para la construcción de las grandes infraestructuras se da entrada a la iniciativa y la financiación privada a través de concesiones u otras fórmulas contractuales, cuyo coste final recae sobre los usuarios a través de peajes o tarifas.

De esta forma se da paso a una Administración que ha asumido nuevas funciones de regulación y control. Así ha sucedido en el ámbito de los mencionados servicios económicos de interés general (las telecomunicaciones, los transportes, la energía, los servicios postales) y también en el de los mercados de valores y financieros.

En suma, «el Estado ha pasado a desempeñar de manera predominante funciones reguladoras y de control de las actividades privadas –reglamentación, vigilancia, inspección, evaluación– y ha abandonado en parte su papel de prestador de servicios, que cada vez comparte más con la iniciativa privada»⁸⁹.

3. LA INTERVENCIÓN DE EMPRESAS

La Constitución prevé expresamente la intervención pública de empresas privadas. Mediante ley se puede acordar la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general (art. 128.2 de la CE).

⁸⁸ PARADA, R.: *Derecho administrativo I. Parte general*, cit., pág. 419.

⁸⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho administrativo. Parte general*, cit., págs. 62 y 63.

La intervención de empresas puede definirse, siguiendo a GAMERO CASADO⁹⁰, como «una potestad administrativa, extraordinaria, en cuya virtud, por razones de interés general previamente declaradas en una norma con rango de ley, la Administración asume, mediante un acto singular, directa o indirectamente, y con carácter temporal, la gestión ordinaria o la liquidación de una empresa privada o participada por las Administraciones públicas, con respeto de los derechos patrimoniales de los sujetos afectados».

Una de las características de esta institución es que, durante el proceso de intervención, la titularidad de las empresas no se ve afectada: por tanto, la empresa ha de continuar permaneciendo al ámbito de lo privado, siendo su propietario el mismo antes y durante la intervención, sin que la empresa pase a manos del Estado en ningún momento. Hay que dejar bien claro que mediante esta facultad conferida al Estado no se ataca la propiedad de la empresa, sino únicamente la gestión de la misma que está llevando a cabo el propietario.

Lo que sí puede ocurrir (y, en ocasiones, es necesario que ocurra para «mantener a flote» a la empresa) es que se prive al propietario no del dominio, pero sí de la posesión y el uso de la empresa, pues de otro modo el Estado no podría llevar a cabo su actuación reflatadora de la empresa. Y es que «el éxito de muchos procedimientos de intervención descansa en la posesión temporal de los bienes de la empresa por parte de la Administración, al objeto de preservar su gestión de las irregularidades o torpezas en que puedan incurrir los gestores privados»⁹¹.

En fin, hay que hacer notar que los frutos derivados de la gestión administrativa temporal corresponden en todo caso al propietario, pues el Estado no persigue con su actividad un ánimo de lucro, sino únicamente la remoción de conductas o situaciones que afecten negativamente al interés público.

A) Tipos de intervención

Siguiendo a GAMERO CASADO⁹², podemos distinguir los siguientes tipos o formas de intervención. Así, según el grado de gestión que se asuma de la empresa, la intervención puede ser:

- a) Directa: en este supuesto, la Administración sustituye a los gestores de la empresa privada y asume la gestión por sí misma.
- b) Indirecta: el Estado designa interventores habilitados con poderes en la toma de decisiones de los órganos propios de la empresa; en concreto, con capacidad para

⁹⁰ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 143.

⁹¹ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 148.

⁹² GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., págs. 149 y 150.

vetar y convalidar los acuerdos que adopten. Es decir, el Estado asume una función de control permanente de la actividad de la empresa, si bien no lleva a cabo directamente la gestión de la misma.

Por otro lado, la intervención, en atención a la actuación llevada a cabo por el Estado, puede ser:

- a) Positiva: cuando el Estado actúa de forma dinámica durante el procedimiento de intervención. Esto se puede materializar en: sustituir el consejo de administración, supeditar la validez de los actos propios de la empresa a la convalidación de los interventores, etc.
- b) Negativa: en este caso, la actividad de la Administración durante la intervención es de carácter represivo. Esto incluye, entre otros, los siguientes supuestos: la prohibición temporal de abordar determinadas operaciones, el derecho de veto de los interventores frente a los actos propios de la empresa, etc.

En fin, hay que distinguir también la intervención total de la parcial. La intervención total es aquella que afecta a todos los componentes de la empresa; en cambio, la intervención parcial únicamente afecta a ciertos establecimientos de la empresa o a ciertos ramos de su actividad.

B) El presupuesto habilitante: el interés general

Según el artículo 128.2 de la CE, la intervención de empresas puede acordarse «cuando así lo exigiere el interés general». O lo que es lo mismo, para poder decretar la intervención de una empresa debe constatare un interés general. Sin dicho requisito no será posible la intervención. Y precisamente el interés general es el que legitima una medida de tal calibre, pues únicamente se justifica la intervención de una empresa mediando la existencia de un interés general superior al particular del sujeto intervenido⁹³.

Sin entrar en disquisiciones teóricas acerca de su relación o equivalencia con otros conceptos ligados, como pueden ser el interés público o social, se puede decir, en términos amplios, que

⁹³ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 246, ha dicho a este respecto, acertadamente a mi juicio, que «se constata fácilmente que el establecimiento de medidas de intervención puede contrariar los intereses de determinados sujetos (en particular de los empresarios, propietarios y partícipes, o acreedores de empresas intervenidas), y ser al propio tiempo bienhechor de otros (por ejemplo, los trabajadores de una empresa en crisis, los depositantes de una entidad de crédito, o incluso la sociedad en su conjunto por razones de estabilidad económica y de defensa de la productividad)».

HERNANDO DELGADO, J.: «La intervención pública de empresas privadas», en VV. AA.: *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pág. 731, por su parte, afirma en este sentido que el interés general aparece «como causa legitimadora de un tratamiento diferente, pero ello solo de manera singular y restrictiva con la finalidad concreta de que, en una situación particular, el interés público no sufra perjuicio y a salvo siempre el sentido expansivo de la regla general de la libertad de empresa».

se ha de entender por «interés general» el interés mayoritario, es decir, la dirección o el sentido que adquiere el conjunto de intereses de la sociedad, una vez efectuado el contrapeso de los mismos. En este sentido, ha sido definido como «concepto que no solo abarca el propio interés de la Administración, sino que se integra en un proceso dialéctico en el que median intereses contrapuestos cuya composición en una dirección determinada cristalizaría en un interés general final no necesariamente afin al de la Administración»⁹⁴.

Se trata, con todo, de un concepto siempre difícil de definir y problemático, pues no existe un consenso en la doctrina sobre lo que deba entenderse por «interés general». A este respecto, el Tribunal Constitucional ya se refirió a él como un «concepto abierto e indeterminado», en su STC 68/1984, de 11 de junio (RTC 1984, 68).

C) Técnicas legislativas con cabida en el precepto

La reserva de la materia en favor de ley plantea algún interrogante. En principio, parece que cabe la regulación por medio de decreto-legislativo (art. 82 de la CE); no obstante, la doctrina considera que no puede predicarse lo mismo respecto del decreto-ley⁹⁵ (art. 86 de la CE).

Y ello, porque una interpretación literal del artículo 86 de la CE juega en su contra: el decreto-ley no puede afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, contenidos en el Título I de la Constitución.

Se dice, en cambio, como argumento favorable a su utilización, que la remisión del artículo 86.1 de la CE a los derechos, deberes y libertades del Título I tiene que entenderse referida únicamente a la Sección 1.ª del Capítulo II de dicho título, cuyo epígrafe es «Derechos fundamentales y libertades públicas» (arts. 15 a 29 de la CE), derechos y libertades cuya regulación corresponde a ley orgánica (art. 81 de la CE)⁹⁶.

La utilización del decreto-ley no ha sido prohibida por la jurisprudencia constitucional, sino que, al contrario, la ha admitido en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad en las que concurra un interés general. En concreto, en el «caso Rumasa», la STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983, 111), afirmó que: «La expresión mediante ley que utiliza el mencionado precepto [el 128.2 de la CE], además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general de intervención, permite la ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la

⁹⁴ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 244.

⁹⁵ Con todo, hay ejemplos en nuestra historia que muestran la utilización de este instrumento para intervenir empresas. Véase particularmente, en este sentido, el Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los bancos y otras sociedades que componen el grupo «Rumasa, SA».

⁹⁶ ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., págs. 338 y 339.

medida, está abierta al decreto-ley, por cuanto la mención a la ley no es identificable en exclusividad con la de ley en sentido formal».

Es decir, en aquellas ocasiones en que la medida de intervención de empresas deba adoptarse con inmediatez, el cauce lógico deberá ser el decreto-ley, «dado que los procedimientos legislativos ordinarios rebasarían los plazos exigidos en un caso como el expuesto para que la intervención resulte eficaz»⁹⁷.

D) Ley general frente a ley especial

Se ha suscitado también la duda de si debe ser una ley general o una ley especial la que disponga la intervención de empresas.

Prima facie, de la lectura del artículo 128.2 de la CE parece desprenderse que este se inclina por la tesis de la ley especial; no obstante, esta interpretación ha sido criticada alegando la procedencia de una ley general⁹⁸ en la que se fijen las condiciones y requisitos de toda intervención.

ROJO aporta diversos argumentos, acertados bajo mi punto de vista, a favor de la ley especial:

- 1.º El plural que utiliza el artículo 128.2 de la CE («intervención de empresas») no es significativo.
- 2.º Pero, sin duda, el argumento más claro a favor de la ley especial es el siguiente: si la reserva de sectores se debe hacer mediante ley particularizada, y así quedó claro en el debate parlamentario relativo a su aprobación, no parece lógico dispensar un trato diferente a la intervención de empresas.

En este sentido, ROJO afirma que «la referencia a la ley, como medio técnico para efectuar la intervención, es común tanto a la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales como a la propia intervención de empresas. Si la reserva se realiza mediante ley especial, atendiendo caso por caso a la esenciabilidad de los recursos o de los servicios, la intervención, ló-

⁹⁷ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 125.

⁹⁸ HERNANDO DELGADO, J.: «La intervención pública de empresas privadas», cit., pág. 718, cita los siguientes argumentos favorables a la ley general: a) la literalidad de la Constitución, que, al referirse en plural a la «intervención de empresas», parece «referirse a la total institución interventora más que a medidas concretas de intervención sobre una empresa en particular»; b) la práctica de la época consistente en dictar leyes habilitantes generales en las que se hiciera constar el procedimiento y requisitos, aplicándose después la medida caso por caso por disposición administrativa; c) la dificultad de la aplicación urgente de la medida en casos de necesidad; y d) la conveniencia de fijar en una ley general criterios uniformes en cuanto a sacrificio de los derechos y libertades afectados, pues de otro modo podría darse una distinta aplicación de la medida de intervención en los diferentes supuestos, con menoscabo del principio de igualdad.

gicamente, también tendrá que realizarse a través de una ley específica para una empresa o para varias empresas, agrupadas o no»⁹⁹.

En fin, en la jurisprudencia es de destacar la postura sostenida por la citada STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983, 111), que considera que el artículo 128.2 de la CE es comprensivo de ambas posibilidades (ley general y ley especial). El Tribunal Supremo, por su parte, ha confirmado igualmente la posibilidad de dictar leyes generales de intervención de empresas, al afirmar, en su STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7472), que «no hay que exigir una ley en cada una de las actuaciones en la propiedad privada o que cada actuación concreta esté amparada por una ley específica directamente dictada a propósito; basta una ley que contempla la intervención de forma abstracta y generalizada; lo único que el precepto quiere decir es que por vía reglamentaria, como única cobertura, se imposibilita una intervención legítima, pero nada más (...) es evidente la legalidad de la dirección y control de la actividad económica desplegados sobre y para una empresa privada a través de actos administrativos que complementan una ley que autoriza la intervención sin necesidad de una especial ley interventora directamente operativa; técnica que es propia de nuestros días y conforme a un ordenamiento en el que no existe una absoluta libertad económica que imponga, caso por caso, la necesidad de promulgar leyes formales como único medio de intervención administrativa, sino que basta para no impedir la flexibilidad de la Administración una ley habilitante y una intervención administrativa».

E) Breves notas sobre procedimiento

La intervención de empresas se acuerda de forma unilateral por la Administración, sin que, en consecuencia, deba concurrir el consentimiento o la aquiescencia del propietario intervenido. Se trata, por tanto, de una institución de carácter marcadamente coactivo, pues lo esencial de la misma es que se impone al sujeto intervenido.

Podría ocurrir, no obstante, que el sujeto intervenido fuera partidario de la intervención o la propiciara él mismo, si bien esto no desvirtuaría el carácter coactivo de la institución, pues, concurriendo el interés general exigido, la intervención tendrá lugar, quiera o no quiera el empresario intervenido.

Por otra parte, la actuación administrativa llevada a cabo en el curso de un procedimiento de intervención de empresas «no requiere en ningún caso intervención judicial»¹⁰⁰. El procedimiento se incoa, bien a instancia de parte, bien de oficio por la Administración (que es el supuesto normal). Por su parte, la adopción de la medida es discrecional, es decir, concurriendo el presupuesto de hecho habilitante (el interés general), el órgano de vigilancia puede decretar la intervención o no. Como se ha dicho, la adopción de la medida no requiere ni el consentimiento del

⁹⁹ ROJO, Á.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», cit., pág. 340.

¹⁰⁰ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 152.

empresario intervenido ni respaldo jurisdiccional, siendo su levantamiento, igualmente, facultad unilateral de la Administración.

Como señala GAMERO CASADO¹⁰¹, del carácter administrativo del procedimiento «se desprende inequívocamente una consecuencia: a la legislación específica sobre intervención de empresas le resulta de aplicación supletoria el derecho administrativo general, y en particular la Ley 30/1992 (LPAC)». Añade el citado autor que «esta precisión es de extraordinario interés, por cuanto los procedimientos específicos de intervención de empresas han sido muy escasamente regulados, limitándose los textos positivos, por lo general, a definir sus presupuestos de hecho y el órgano de vigilancia que ostenta la competencia de intervención».

F) La temporalidad de la intervención

La intervención de empresas no es una medida que se adopte por tiempo indefinido, sino que debe desarrollarse en un periodo determinado de tiempo. De lo contrario, no podría hablarse propiamente de intervención, pues esta implica una actuación que se produce en un momento concreto y se prolonga durante el tiempo necesario para cumplir con el objetivo que la motivó, sin que en ningún caso pueda extenderse indefinidamente.

Algunos argumentos que se han aducido en este sentido han sido los siguientes¹⁰²:

- a) El antecedente histórico de la intervención de empresas, esto es, la sustitución de patronos en la legislación de beneficencia, era una medida temporal.
- b) La práctica en el ejercicio de la medida ha puesto de manifiesto que no existen intervenciones ilimitadas en el tiempo, sino que, al contrario, se circunscriben a un periodo temporal concreto.
- c) La temporalidad de la medida se puede observar en las intervenciones de empresas que se articulan mediante medidas de convalidación o de veto de los acuerdos de los órganos propios de la empresa.
- d) La intervención perpetua de una empresa supondría de facto una reserva de servicios, si bien referida a una empresa concreta.
- e) En fin, de admitirse una intervención por un periodo ilimitado, se estaría menoscabando el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, pues aquella (la intervención) no actuaría entonces como límite a la libertad de empresa, sino que sería «una ablación total del derecho»¹⁰³.

¹⁰¹ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., págs. 152 y 153.

¹⁰² GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., págs. 156 a 158.

¹⁰³ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 158.

V. CONCLUSIONES

El modelo económico consagrado en la Constitución española de 1978 es una «economía social de mercado». Para entender dicho modelo hay que situar la promulgación de la economía en su contexto histórico, de forma que aquel constituye una fórmula que concilió las aspiraciones de los grupos de izquierda y de derecha. En síntesis, la «economía social de mercado» se caracteriza por respetar los derechos y libertades económicas del ciudadano en un marco en el que es posible la intervención de los poderes públicos (ya sea regulando una determinada actividad o actuando como productores de bienes y/o servicios) cuando ello sea necesario para satisfacer un interés general determinado.

La iniciativa económica pública se reconoce en el artículo 128.2 de la CE. Dicha iniciativa se puede llevar a cabo de tres formas: a) mediante la creación *ex novo* de una empresa pública; b) mediante una reserva por ley de determinados «recursos o servicios esenciales»; y c) a través de la intervención de empresas. En los tres supuestos la iniciativa económica pública debe estar encaminada a la satisfacción de un interés general.

Con el nuevo modelo constitucional queda superado el principio de subsidiariedad contenido en algunas leyes del régimen dictatorial anterior. Dicho principio implicaba que la iniciativa económica pública solo podía jugar en defecto de iniciativa privada o cuando lo exigieran los intereses superiores de la nación. La Constitución de 1978 impone una nueva concepción de las relaciones entre la iniciativa económica privada y pública, que ha sido dada en llamar de diferentes formas (principio de compatibilidad, coinciativa o equiparación), y que, en suma, viene a reconocer ambos tipos de iniciativa en posición de igualdad. De esta forma, ya no se requiere la ausencia de iniciativa económica privada para que deba actuar la iniciativa pública, sino que, muy al contrario, ambas pueden coexistir en un determinado sector económico.

Toca ahora referirse a los distintos instrumentos de iniciativa económica pública. El primero de ellos es la creación de empresas públicas, que debe responder siempre a la necesidad de satisfacción de un interés general. Las empresas públicas actúan en el mercado sometidas al marco jurídico existente, sustrayéndose de las mismas las prerrogativas que acompañan en su actuación a los poderes públicos. Con todo, se trata de empresas que, dadas sus peculiaridades, soportan en menor medida cierto tipo de riesgos (en especial el de quiebra). La finalidad de su creación puede responder, bien a objetivos de carácter económico, bien de carácter social.

El segundo de los supuestos que comprende la iniciativa económica pública es la «reserva de sectores». Mediante ley el Estado puede atribuirse la producción y gestión de recursos o servicios que ostenten la cualidad de esenciales. En este sentido, hay que precisar varias cosas: a) la ley que establezca la reserva debe emanar del Parlamento, no siendo suficiente a estos efectos los decretos-leyes o los decretos-legislativos; b) ha de tratarse de un recurso o servicio esencial, en el sentido de que, bien por su función, bien por su naturaleza, se trate de un recurso o servicio de importancia capital para el Estado; c) en cuanto a la gestión del recurso o servicio esencial, caben tanto la gestión directa por los poderes públicos como fórmulas de concesión de la gestión a la iniciativa privada, reservándose el Estado poderes de dirección y control.

El tercer y último supuesto que abarca la iniciativa económica pública es la intervención de empresas privadas. Ello tendrá lugar cuando así lo exija el interés general, concretándose la intervención en una gestión temporal de la empresa por parte del Estado, sin que en ningún caso quede afectada la titularidad de la misma; pudiendo, no obstante, verse privado el propietario de las facultades de posesión y uso, pues quizás de otro modo (es decir, sin tal sacrificio) no podrían llevarse a cabo los objetivos perseguidos con la intervención. La intervención de empresas debe estar prevista en una ley, que debe emanar del Parlamento (aunque también se admite el decreto-legislativo y, en los casos de extraordinaria y urgente necesidad en los que concurra un interés general, el Tribunal Constitucional ha admitido también la figura del decreto-ley) y debe ser especial, en el sentido de que atienda al caso concreto (si bien parte de la doctrina admite la validez de las leyes generales, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo).